

EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD POR PARTE DE
PAREJAS CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA O DEL MISMO SEXO EN LOS
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, EN EL
PERÍODO 2015-2017.



YURLEY MILENA GAMBOA MANRIQUE
NESTOR ALFONSO LARA DIAZ
TATIANA ROJAS BLANCO

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD POR PARTE DE
PAREJAS CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA O DEL MISMO SEXO EN LOS
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, EN EL
PERÍODO 2015-2017.

YURLEY MILENA GAMBOA MANRIQUE
NESTOR ALFONSO LARA DIAZ
TATIANA ROJAS BLANCO

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de Especialista en Derecho de
Familia.

Asesora disciplinar y metodológica
Dra. CINDY CHARLOTTE REYES S.

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA
CÚCUTA, COLOMBIA

2018

RESUMEN

La investigación determina la evolución que ha tenido el tema de la adopción de menores de edad por parte de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el período 2015-2017; se identifican los tipos de adopción que se han establecido en el caso de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo; asimismo, se examinan los fundamentos de dicha Corte para aprobar que este tipo de personas puedan aplicar al proceso de adopción de menores de edad; y finalmente, se establece la aplicación dada por parte del ICBF, a lo ordenado en la Sentencia C-683 de 2015 respecto de la adopción de menores de edad por parte de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo en Colombia. El estudio es jurídico – documental, y se fundamentó en la Constitución Política de 1991, la legislación y pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos al tema.

Palabras clave:

Adopción complementaria, adopción conjunta, orientación sexual diversa, menores de edad, derechos, interés superior del menor.

ABSTRACT

The research determines the evolution of the issue of the adoption of minors by people with different sexual orientation or same-sex couples in the pronouncements of the Constitutional Court, in the period 2015-2017; identify the types of adoption that have been established in the case of people with diverse sexual orientation or same-sex couples; likewise, the foundations of said Court are examined to approve that this type of persons can apply to the adoption process of minors; and finally, the application given by the ICBF is established, as ordered in the C-683 of 2015 regarding the adoption of minors by persons with diverse sexual orientation or same-sex couples in Colombia. The study is legal - documentary, and was based on the Political

Constitution of 1991, the legislation and pronouncements of the Constitutional Court referring to the subject.

Key Words:

Complementary adoption, joint adoption, diverse sexual orientation, minors, rights, superior interest of the minor

INTRODUCCIÓN

Los derechos de las parejas homosexuales están avanzando de manera sorprendente en un país catalogado conservador, el desarrollo igualitario y proteccionista de los derechos de las parejas homosexuales ha transcurrido en un solo frente; la rama judicial es reconocida por su actividad judicial a favor de los derechos de los LGTBI, su jurisprudencial ha sido suficiente para que las personas homosexuales tengan una mayor calidad de vida de acuerdo al Estado Social de Derecho. Lo anterior evidencia que la rama ejecutiva y legislativa se quedaron cortas a la hora de promover y garantizar los derechos de las personas homosexuales, siendo la rama judicial, mediante la Corte Constitucional el órgano por excelencia a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo.

Corolario de lo anterior, la Corte Constitucional posee el suficiente poder político-jurídico para garantizar los derechos de la comunidad LGTBI a través de sus sentencias, esto demuestra un importante poder judicial que merece ser estudiado. Pues, se modifica el panorama constitucional y legal sin la intervención de las demás ramas del poder público, bastó con el precedente judicial para modificar el concepto de familia construido en la Asamblea Constituyente y la posibilidad de adopción de las parejas del mismo sexo.

El desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha dado a la adopción de las parejas del mismo sexo mecerá un foco jurídico de especial atención pues se inscribe la promoción de los grupos LGTBI por medio de la protección del interés superior del niño. Es decir, que el reconocimiento de adoptabilidad por parte de parejas del mismo sexo se origina en razón a los derechos del menor y no a los derechos de las personas homosexuales.

Sin embargo, las decisiones de la Corte Constitucional demuestran que en la agenda judicial sobre el tema se concentra un importante respeto por el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. En otros términos, es apreciable que la Corte maquiló su *ratio decidendi*, pues con su trascendental fallo, contenido en la sentencia C-683 del 2015 busco garantizar a la vez dos derechos indispensables para el Estado Social de Derecho, a saber, el derecho a la igualdad y la adoptabilidad como mecanismo de protección del menor.

Bajo ese entendido, se considera que la procedencia de la adopción por partes de parejas del mismo sexo no sucede por el mero hecho de ampliar el ámbito de familias que pueden adoptar con el objeto de proteger al menos, sino que también como un medio para situar en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo, cumpliendo el ineluctable mandato constitucional.

De ese modo, la Corte Constitucional se escudó con el interés superior del menor para declarar la posibilidad de adopción de las parejas del mismo sexo, cuando existen fundamentos doctrinarios y jurídicos suficientes para decretar el mismo aspecto bajo la protección de los derechos de las parejas homosexuales. A pesar de lo anterior, el estudio acontecido por el máximo órgano constitucional es válido y legítimo desde el punto de vista jurídico, pero, se perdió una oportunidad fundamental para posicionar en el plano nacional los derechos de las personas del mismo sexo.

Más allá de lo anterior, la adopción por parte de las parejas del mismo sexo es una realidad actualmente gracia a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, lo que inmiscuye un nuevo panorama normativo, judicial y administrativo en el sistema nacional.

El estudio sobre la adopción de menores de edad por parte de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo en los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, en el período 2015-2017, se ha desarrollado por presentar el mismo una constante evolución a través de los diferentes fallos relacionados con el tema, y considerando que gracias a estos actualmente las parejas del mismo sexo pueden adoptar menores de edad sin que su orientación sexual sea un impedimento.

Se trata de una investigación de naturaleza jurídica, y de tipo documental – analítico – descriptivo, con enfoque cualitativo; lo anterior dado que el mismo se centró en el estudio de la normatividad y algunas sentencias de la Corte Constitucional relacionados con el tema, y en especial, el estudio de en qué se fundamentó la Corte Constitucional para aprobar que las

personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo puedan aplicar al proceso de adopción de menores de edad.

EVOLUCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE MENORES DE EDAD POR PARTE DE PAREJAS CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA O DEL MISMO SEXO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, EN EL PERÍODO 2015-2017.

En 1980, la homosexualidad fue despenalizada en Colombia, y con la expedición de la Constitución Política de 1991, se consagraron derechos fundamentales a todos los colombianos sin distinción de sexo. Sin embargo, fue en 2007 y 2008 cuando se empezaron a reconocer jurídicamente a través de algunos fallos de la Corte Constitucional, derechos en campos tales como la seguridad social, los efectos patrimoniales de sus relaciones de pareja, pertenencia a cuerpos de seguridad del Estado, educación, nacionalidad y residencia, entre otros, a las parejas homosexuales, en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. (Camargo y Márquez, 2012, p. 97).

En el año 2009, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-029, reconoció varios derechos a las parejas homosexuales y heterosexuales en condición de unión marital de hecho, entre los que se encuentran: 1. La igualdad entre las parejas homosexuales con las parejas heterosexuales; 2. La no discriminación a las parejas homosexuales; 3. La protección constitucional; 4. El amparo de los derechos y beneficios de la Ley de Justicia y Paz en materia de víctimas e indemnizaciones; en los delitos de desaparición forzada y genocidio; 4. Subsidio de vivienda familiar; 5. Patrimonio de familia inembargable, 6. Derecho a no inculpar a un compañero permanente ni declarar en su contra, entre otros.

Lo anterior, ha llevado a que Colombia, sea considerada, como uno de los países más avanzados de América Latina en materia de reconocimiento de derechos de los homosexuales. Desde la expedición de la Carta Política de 1991, el panorama de los derechos para los homosexuales cambió de manera drástica. Durante los años noventa, la tutela como instrumento para garantizar el amparo de los derechos fundamentales sirvió tanto para proteger a los homosexuales en casos puntuales de discriminación, como para empezar a construir una jurisprudencia que, poco a poco, se convirtió en ganancias para toda la población LGBTI.

Sin embargo, a pesar de los anteriores avances, hasta los años 2015 y 2016, existían todavía dos problemas jurídicos que aún no habían sido resueltos: la adopción de niños por parte de personas no heterosexuales; y el matrimonio entre personas del mismo sexo (también conocido, en otros ordenamientos, como matrimonio igualitario), situaciones que ya se encuentran autorizadas gracias a dos pronunciamientos de la Corte Constitucional, al respecto.

En cuanto al tema a que se refiere esta investigación, que es el relacionado con la adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional, en el año 2015 se pronunció mediante la Sentencia C-683 (04 de noviembre) M.P. Jorge Iván Palacio P., dándole el sí a la posibilidad que los niños sean adoptados por parejas conformadas por personas del mismo sexo, fundamentado en que la orientación sexual de una persona o de una pareja no es un indicador de falta de idoneidad, moral, física o mental para realizar el trámite de adopción; y en aras de garantizar el interés superior del niño.

Con este pronunciamiento, queda entonces plenamente establecida en Colombia, la posibilidad de que las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo puedan adoptar menores de edad, situación que merece ser examinada desde lo consagrado en la Constitución, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia, a fin de poder analizar la evolución del tema de la adopción de menores de edad por parte de estas en los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, en el período 2015-2017.

Tipos de adopción que se han establecido en el caso de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo, a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en el período 2015-2017.

La adopción es el mecanismo por excelencia que protege al menor ante situaciones de abandono, se concibe conforme al artículo 44 de la Constitución Política de 1991, que exige el derecho a tener un hogar en condiciones de vida adecuada para que crezca bajo los postulados del amor, la felicidad y el respeto. El menor como sujeto de especial protección, en razón a sus condiciones físicas y mentales tiene un mayor sistema garantista constitucional, pues aparte de los derechos

fundamentales que se consagran a favor de todas las personas, los menores tienen además los siguientes derechos:

(...) vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. (C.P. 1991)

Aunado a lo anterior, el texto constitucional compila las situaciones en la que el menor se encuentra en eminente peligro, ellas se estipulan en el artículo 44 y impone la obligación del Estado, la sociedad y la familia para evitar cualquier situación que vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescente.

La adopción tiene como finalidad suministrar al menor de los derechos que enuncia la Constitución Política, lo que se explica desde el arraigo nacional sobre el concepto de familia y su relación intrínseca con el desarrollo digno de los NNA. Por ende, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos, como lo señala el artículo 53 numeral 5 de la Ley 1098 del 2006.

Desde esa perspectiva, el ámbito legal define la adopción como: “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (Ley No 1098; 2006).

En consecuencia, la adopción es una medida a favor del menor, es decir, que su radio de acción gira entorno al adoptivo, esta medida de restablecimiento de derecho establece una filiación paterna entre el adoptante y el menor, manteniendo en todo caso, la vigilancia el Estado sobre el desarrollo del menor conforme al mandato del artículo 44 superior.

Por otra parte, de acuerdo al ordenamiento legal la adopción, en Colombia se distingue tres diferentes clases de adopción, que conforme a las reglas del artículo 68 de la Ley 1098 del 2006 podemos citar de la siguiente manera:

1. Adopción conjunta (cónyuges o compañeros permanente sin afiliación con el adoptivo. Numerales 2 y 3, artículo 68)
2. Adopción complementaria (El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero. Numeral 5)
3. Adopción individual (Personas solteras o el guardador al pupilo o ex pupilo. Numeral 1 y 4)

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-071 del 2015 de manera similar dijo sobre las modalidades de adopción:

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece tres modalidades y define a los potenciales adoptantes: (i) La primera es la adopción individual o monoparental, que es aquella que tiene lugar cuando el adoptante es una sola persona (independientemente de su sexo u orientación sexual), por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración (art. 68, núm. 1º y 4º), obviamente a condición de cumplir los requisitos generales antes descritos. (ii) La segunda modalidad es la adopción conjunta, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (art. 68, núm. 2º y 3º). (iii) Finalmente, la tercera forma que el Código de la Infancia y la Adolescencia contempla es la adopción complementaria o por consentimiento, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (arts. 66 y 68, núm. 5º). (Corte Constitucional; 2015)

La Corte Constitucional ha abordado el tema de la adopción de parejas del mismo sexo de manera profesional, ajustando sus fallos lo más posible a la Constitución Política y reconociendo el derecho que tienen las parejas del mismo en acceder a los procesos en adopción. El primer caso en que se estableció la adopción por parte de las parejas del mismo sexo fue en la adopción

complementaria o por consentimiento, es decir, la que tiene lugar en aquellos eventos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o compañero(a) permanente, con la anuencia de este.

En sentencia C-071 del 2015 la Corte Constitucional estudio la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

En esa oportunidad el demandado cuestiona que las normas parcialmente acusadas no autoricen la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo, lo que considera contrario al Preámbulo y a los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como a los artículos 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos al derecho a la igualdad.

Es interesante observar el hecho de que en este caso las pretensiones del actor se proyectaron en buscar la declaratoria de constitucionalidad de la adopción conjunta de las parejas del mismo sexo; siendo desatendida la pretensión del actor, pero reconociendo el derecho respecto a la adopción complementaria o por consentimiento. No obstante, en vista a que se impugnan las normas que versan sobre la adopción complementaria o por consentimiento, cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente, con la anuencia de este (núm. 5º del art. 64, art. 66 parcial y núm 5º del art. 68 de la Ley 1098 de 2006), la Corte Constitucional sustenta su fallo bajo dicho precepto.

Argumenta la Corte, que, a diferencia de la adopción conjunta, en la adopción complementaria existes vínculos filiales que carece la adopción conjunta, estos lazos permiten la construcción de vínculos de crianza entre el menor y el compañero o compañera permanente del padre o madre biológico, existiendo la anuencia del progenitor biológico, hecho que se diferencia con la adopción conjunta donde la autorización proviene del Estado.

Así las cosas, la Corte Constitucional protege los vínculos familiares previamente consolidados, procurando que se conserven tanto los lazos de consanguinidad como los de crianza. Por tanto:

(...) la adopción complementaria o por consentimiento no hace más que dar respuesta al imperativo constitucional de proteger los derechos del menor y mantener estables sus vínculos de consanguinidad y con el hogar de hecho en el cual ha permanecido en forma estable. (Corte Constitucional; 2015)

En ese orden de ideas, la *ratio decidendi* en la sentencia se concentra en el siguiente acápite:

Ahora bien, cuando por cualquier motivo un niño ha crecido de la mano de su padre o madre biológico, quien a su vez convive con su pareja del mismo sexo, y en ese entorno se han forjado vínculos de afecto y solidaridad estables donde se comparte la crianza, cuidado y manutención del menor en forma conjunta, entonces impedir la adopción complementaria o por consentimiento conduciría a destruir esos mismos lazos de amor, respeto, socorro, etc., contruidos durante años, lo cual afecta a todos los integrantes del grupo familiar (dentro de los cuales se encuentra incluidos tanto la pareja como el menor de edad), quienes se han integrado con éxito en el hogar que se ha creado, en detrimento del derecho a conformar libre y responsablemente una familia y a no ser separados de ella (art. 42 CP). (Corte Constitucional; 2015)

En consecuencia, la adopción complementaria o por consentimiento se reconoce ajustada a la Constitución Política de 1991 en razón a los derechos del menor en mantener sus vínculos biológicos y de crianza que se ajustan de mejor manera a su expectativa de vida. Por tanto, es interesante resaltar el enfoque que la Corte Constitucional le da al tema, centra la adopción de las parejas del mismo sexo frente a los derechos de los menores y no respecto al derecho de las parejas del mismo sexo. Lo anterior, consecuencia jurisprudencial de considerar familia a la luz del ordenamiento constitucional a las parejas del mismo sexo.

En cuanto la adopción conjunta, la Corte Constitucional la reconoce meses después a través de la sentencia C- 683 del 2015, la cual determinó que las parejas del mismo sexo pueden acudir al ICBF con el objeto de adoptar NNA. Ahora bien, es importante destacar que sobre esta sentencia se presentaron cargos de cosa juzgada en razón a la identidad normativa acusada de inconstitucionalidad.

No obstante, la Corte Constitucional desechó esta acusación arguyendo que, en la anterior sentencia, es decir, la C-071 del 2015 el estudio de constitucional se concentró en la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo y no sobre el interés superior del niño. Lo que no es cierto, pues como se dijo en anteriores acápites, se concedió la adopción complementaria o de consentimiento con el fin de mantener los vínculos de afiliación y crianza al menor, que se ve beneficiada ante dicha situación. Por consiguiente, el fallo giró en torno a los derechos de los NNA.

Más allá de lo anterior, lo cierto es que la adopción conjunta es un hecho en Colombia gracias a la Corte Constitucional que decidió esta postura bajo el siguiente argumento:

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP). (Corte Constitucional; 2015)

Bajo este entendido, la adopción conjunta y complementaria en Colombia es un hecho para las parejas del mismo sexo, según lo dictado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, lo que es irreprochable desde el contexto del Estado Social de Derecho. Ahora bien, frente a la adopción monoparental o individual por personas homosexuales no hay un texto jurisprudencial apreciable al respecto, pero es implícito desde la jurisprudencia la

constitucionalidad de dicha modalidad, por lo que se puede asegurar que las tres modalidades de adopción en Colombia son compatibles con las personas LGTBI

Fundamentos de la Corte Constitucional para aprobar que las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo puedan aplicar al proceso de adopción de menores de edad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-683 y C-071 del 2015 mantuvo una misma razón de decidir, a saber, la adopción como mecanismo que garantiza el restablecimiento de los derechos fundamentales de los niños. Bajo este supuesto concluyó la Corte que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la adopción de menores pues mediante ella se le otorga a los NNA mejores condiciones de vida. En ese sentido, la razón de decidir en ambas sentencias parte del interés superior del niño y no de la igualdad y libre desarrollo de personalidad de las parejas del mismo sexo.

Basta con hacer una lectura integral de las sentencias enunciadas para comprender que el interés superior del menor es el eje fundamental para admitir la adopción de personas LGTBI en el Estado Social de Derecho. Así las cosas, el interés superior del niño exige que el Estado le otorgue una familia para que su desarrollo de vida se desempeñe en el contexto del amor y la felicidad.

El interés superior del niño, implica por tanto un trato preferente del Estado, la sociedad y la familia con el fin de garantizar un desarrollo armónico e integral. Desde sus primeras decisiones la corporación precisó que el interés superior del niño “es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad” (Corte Constitucional; 2015).

En la sentencia C-683 del 2015 se evidencia la importancia del interés superior del niño para decidir:

El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional

vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral. (Corte Constitucional; 2015)

La sentencia C-071 del 2015 establece de manera clara que la adopción complementaria por parejas del mismo sexo es viable constitucionalmente porque se garantiza que el menor crezca bajo vínculos filiales y de crianza que son habituales para el NNA. En ese orden, se reconoce la posibilidad de adoptar del cónyuge o compañero permanente del mismo sexo del padre biológico porque con esta decisión se está salvaguardando el interés superior del menor.

En otras palabras, aunque se tuvieron en cuenta la interferencia de derechos como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de las personas LGTBI en estos procesos, lo cierto es que en ninguna de las dos sentencias este fue el principal motivo para decidir, por el contrario, la sustentación jurídica sucede en vista a los derechos de los menores y la posibilidad de ser acudidos por una familia reconocida constitucionalmente.

En su defecto, el interés superior del niño se materializa en la posibilidad de ser adoptados por parejas del mismo sexo porque se le otorga una familia que propende por el desarrollo armónico e integral del menor, creciendo en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material.

Es indudable que se observaron otros aspectos trascendentales para decidir la adopción de las parejas del mismo sexo, principalmente sobre la capacidad e idoneidad para hacerse cargo de menores, pues el simple hecho de haber sido reconocidas las parejas del mismo sexo como familia no basta para adoptar. Desde esa perspectiva, se deben observar criterios objetivos que permitan concluir que las parejas del mismo sexo que inicien el proceso de adopción están en la capacidad de asumir el cuidado de un menor.

Empero, el eje central en ambas sentencias fue la protección y promoción de los derechos de los menores que se materializa parcialmente mediante la autorización de la adopción por parte de las parejas del mismo sexo. De este modo, se protege al niño por medio de lazos familiares consolidados, que asegure al menor una crianza bajo parámetros familiares que concrete sus derechos más mínimos.

No obstante, la Corte Constitucional empieza a distorsionar los fundamentos jurídicos sobre el tema en la sentencia C-683 del 2015, en la cual arguye que la sentencia C-071 del 2015 la razón de decidir se sustentó en los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de personalidad y no respecto al interés superior del niño. Lo anterior con el objeto de poder eludir la cosa juzgada que era apreciable en la sentencia C-683 del 2015, que impedía desarrollar el tema de la adopción conjunta por parte de las parejas del mismo sexo.

En ese sentido, en la sentencia C-683 del 2015 la Corte al resolver el problema de la cosa juzgada que se presentó en el proceso de constitucionalidad dijo:

Como puede notarse, el eje central de la acusación fue la presunta vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo a la igualdad -prohibición de discriminación- y a conformar una familia (arts. 13 y 42 CP), sobre cuya base la Corte adelantó el examen de constitucionalidad. En cuanto al cargo por desconocimiento del interés superior del menor (art. 44 CP), no fue objeto de estudio y, por el contrario, ante las deficiencias de la demanda la Sala decidió expresamente abstenerse de analizarlo. (Corte Constitucional; 2015)

Así las cosas, sostiene la corporación judicial que en la sentencia C-071 del 2015 el tema sobre la adopción de las parejas del mismo sexo giro en relación a los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de personalidad. Fundamenta la Corte Constitucional su posición estableciendo que el demandado centro sus pretensiones bajo estos y, aunque formuló el interés superior del niño como un derecho que se quebrantaba con la prohibición de adoptar por parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional adujo que el mismo no cumplió con los requisitos de la acción de constitucionalidad, por tanto, no se pronunció sobre el tema.

Lo anterior resulta ser perjudicial para el precedente judicial de la Corte Constitucional sobre el tema porque no es cierto que el eje central de la sentencia C-071 del 2015 fue el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, la razón de decidir la adoptabilidad de las parejas del mismo sexo fue el interés superior del niño y no los derechos de las parejas del mismo sexo, como se anotó en párrafos anteriores.

Aparte hay que recordar que en la sentencia C-071 del 2015 un salvamento de voto fue categórico en afirmar que el cargo relacionado con la presunta vulneración del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes cumplía con todos los requisitos legales y jurisprudenciales para que la Corporación se pronunciara de fondo sobre el mismo.

Consideramos que la Corte Constitucional maquillo la *ratio decidendi* de la sentencia C-071 del 2015 con el fin de poder conocer nuevamente el tema sobre la adopción de las parejas del mismo sexo. Lo anterior resultó contraproducente porque imprime inseguridad en los fundamentos jurídicos, además, porque el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de personalidad eran sustentos normativos constitucionales suficientes para aprobar la adopción por parte de las parejas del mismo sexo, pero ante la falta de valentía legal se garantizó dichos derechos a través del interés superior del niño, aspecto igualmente válido pero que a nuestro parecer produjo los efectos de la cosa juzgada.

Más allá de la confusión jurisprudencial que originó la corporación judicial al respecto, el fundamento jurídico para la adopción de las parejas del mismo sexo fue el interés superior del menor: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley No 1098; 2006). Por tanto, en estos casos se logró salvaguardar los derechos fundamentales de las personas LGTBI a través de los derechos de los NNA.

Aplicación dada por parte del ICBF, a lo ordenado en la Sentencia C- 683 de 2015 respecto de la adopción de menores de edad por parte de las personas con orientación sexual diversa o parejas del mismo sexo en Colombia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano competente para adelantar los procesos de adopción en Colombia. Tiene a su cargo verificar que los adoptantes cumplan con los requisitos exigidos por la ley, determinando su capacidad de adoptar conforme a criterios objetivos relacionados con el debido proceso administrativo. De acuerdo con lo anterior, el ICBF como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar tiene dentro de su competencia constitucional, legal y reglamentaria el restablecimiento de los derechos del menor.

Al respecto el artículo 61 de la Ley 1098 del 2006 indica sobre este tema:

Artículo 62. La autoridad central en materia de adopción. La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por este. (Ley NO 1098; 2006)

Así las cosas, los programas de adopción son desarrollados principalmente por el ICBF, no obstante, otras instituciones pueden llevar a cabo los programas de adoptabilidad bajo la autorización expresa del ICBF y siempre bajo la vigilancia de la institución central.

En términos más precisos, es responsabilidad del Estado a través del ICBF materializar el restablecimiento de los derechos del menor por medio del mecanismo de la adopción, la cual provee al NNA de los derechos necesarios para desarrollar una vida adecuada a los parámetros constitucionales.

Así lo denota, el artículo 16 de la ley:

Artículo 16. Deber de vigilancia del estado. Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado.

De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de Bienestar Familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción. (Ley No 1098; 2006)

Teniendo en cuenta que el ICBF es la autoridad competente para adelantar los procesos de adopción sobre parejas del mismo sexo, es importante identificar los programas que adelanta sobre este tema. La autoridad central en la materia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quien se reserva la posibilidad de desarrollar programas de adopción y autorizar a ciertas instituciones para llevarlos a cabo (art. 62)

Ante todo, hay que reconocer que en sus intervenciones en la sentencia C-071 y C-683 del 2015 el ICBF apoyo de manera irrestricta los derechos de los NNA de tener una familia homoparental, esto consta en jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo que debemos concluir su posición a favor de las personas LGTBI y de los menores.

Por otra parte, es dable destacar que las actuales cartillas sobre adopción y sus respectivos formularios se ajustan a lo decantado por la jurisprudencia nacional. En otras palabras, se incluye a las parejas homosexuales dentro de los lineamientos institucionales del Instituto, un aspecto favorable para la administración y el administrado, pues, no entra en conflicto con los fallos judiciales de la Corte Constitucional, por el contrario, se apega a los mismo, mediante el reconocimiento de las parejas homosexuales como personas aptas para adoptar. En ese sentido,

se debe resaltar el ajuste institucional a los lineamientos jurisprudenciales incluyendo en sus documentos oficiales a las parejas homoparentales.

Así mismo, es reconocible los conceptos institucionales que ha emitido la institución respecto a la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional, los cuales se ajustan a lo señalado por la corporación judicial sobre el tema. Esto colabora con las actuaciones de los funcionarios, pues, tienen un derrotero jurídico y administrativo a seguir en los casos de adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Ahora bien, el ICBF se quedó corto en la implementación de la jurisprudencia nacional, hasta la fecha no se ha llevado a acabo un programa de adopción que se dirija especialmente a las parejas del mismo sexo. Esto demuestra la falta de articulación institucional de promover los derechos de los NNA y de las parejas del mismo sexo. Lo anterior refleja un déficit administrativo, porque la institución debe aprovechar el marco de acción de adoptabilidad para enfocarse en aquellos actores, es decir, adoptante, que fueron excluidos durante bastante tiempo y ahora tienen la posibilidad de adoptar.

Por otra parte, en las estadísticas oficiales de la Institución sobre adopción, que constan hasta el año 2017, no se discriminan si se presentaron solicitudes de adopción por parejas del mismo sexo, si alguna de ellas accedió a la adopción o cual es el nivel de influencia de las parejas del mismo sexo en los procesos de adopción, lo que representa, sin lugar a duda, una falta de atención administrativa a un actor que ingresa al campo de la adopción en Colombia. Con estos datos se puede contrastar el impacto que tuvo para la comunidad LGTBI el reconocimiento de adoptabilidad.

En síntesis, el desarrollo administrativo del ICBF respecto a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo ha sido insuficiente, no se ha focalizado la institución en este tema y eso deja entrever las fallas administrativas que se marcaron anteriormente. Ahora bien, hay que recordar que la jurisprudencia sobre el tema es reciente, costando esto algunas fallas en la implementación de la misma. A pesar de lo anterior, resulta alentador la sujeción de los

conceptos jurídicos de la Corte Constitucional por parte del ICBF, evitando de esa manera un choque de trenes.

CONCLUSIONES

En Colombia de acuerdo al Código de la Infancia y la Adolescencia existen tres modalidades de adopción: a) la adopción conjunta; b) la adopción complementaria o por consentimiento y; c) la adopción individual. Respecto a las dos primeras modalidades, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la adopción, siendo precisa en establecer que en el proceso de adopción pueden participar personas del mismo sexo y, su condición sexual no es razón válida para excluirlas del mismo. Frente a la última modalidad de adopción, aunque no existe un precedente judicial que permita concluir que la adopción por solteros homosexuales está avalada constitucionalmente, se infiere en razón al precedente judicial que la misma está permitida en Colombia, pues no se encuentra argumento jurídico que deseche esta posibilidad.

Por tanto, la adopción en Colombia por parte de las parejas del mismo sexo es reconocida plenamente en sus tres modalidades, por lo que la comunidad LGTBI en su generalidad están habilitados para acceder a los programas de adopción. Esto no significa que por el simple hecho de poder iniciar el respectivo procedimiento las mismas son aptas para adoptar, para esto debe cumplir con las exigencias legales y reglamentarias.

El principal fundamento que permitió que la Corte Constitucional admitiera que las parejas del mismo sexo podían adoptar fue los derechos de los NNA. Es decir, la razón de decidir en la sentencia C-071 y C-683 del 2015 fue la prevalencia del interés superior del niño, el cual se ve menoscabado ante la posibilidad de tener una familia. En ese orden de ideas, el ideal dentro del Estado Social de Derecho es que cada niño crezca bajo los lazos de la familia, restringir la posibilidad que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la adopción es quebrantar los derechos del menor.

El interés superior del niño es el eje central para determinar la adoptabilidad de las parejas del mismo sexo, esto en razón a la materialización de los derechos fundamentales de los NNA, además de los contenidos en el artículo 44 superior.

Por consiguiente, la Corte Constitucional concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada.

No obstante, la Corte Constitucional en su afán de reconocer la adopción por parejas del mismo sexo entre en una distorsión jurisprudencial sobre los fundamentos jurídicos que la llevo a tomar esa decisión. En ese sentido, en la sentencia C-683 del 2015 sostiene la Corte que el motivo para reconocer la adopción complementaria por parte de parejas del mismo sexo fue el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, lo anterior no es factible, pues de una lectura integral del fallo se observa que el máximo tribunal constitucional avalo la adopción por ser un mecanismo que premia los derechos e intereses del menor. Lo anterior se realizó con el fin de evadir el cargo de cosa juzgada.

Finalmente, el desarrollo administrativo del ICBF respecto a la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo ha sido insuficiente, no se ha focalizado la institución en este tema y eso deja entrever las fallas administrativas que se marcaron anteriormente. Ahora bien, hay que recordar que la jurisprudencia sobre el tema es reciente, costando esto algunas fallas en la implementación de la misma. A pesar de lo anterior, resulta alentador la sujeción de los conceptos jurídicos de la Corte Constitucional por parte del ICBF, evitando de esa manera un choque de trenes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barrera Caparrosso, J. C. (2012). Adopción por parte de parejas homosexuales de manera conjunta: una perspectiva jurídica del concepto de familia. Universidad de Cartagena, Cartagena D.T. Disponible <http://190.25.234.130:8080/jspui/handle/11227/830>

Camargo Rojas, D. A. & Márquez Pacheco, K. A. (2012). Evolución jurisprudencial de la adopción de menores por parte de homosexuales en Colombia años 2007 al 2012. Revista Digital Hipótesis Libre. Septiembre 2012. Año 2. N° 5. Universidad Libre, Seccional Cúcuta.

Cardozo, H. E. & Rey, L. A. (s/a). Adopción de niños por parejas del mismo sexo. Disponible <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc1.pdf>

Colombia. Congreso de la República. Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Legis Editores S.A., Vigésima Séptima Edición. Bogotá, D.C. 2012.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-683 de 2015 M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. 4 de noviembre del 2015. Expediente D-10371

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-071 de 2015 M.P JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. 18 de febrero del 2015. Expediente D-10315

Gómez Mazo, D., Velásquez Ocampo, O. P. (2012). La adopción de niños por parte de personas con orientaciones sexuales minoritarias: un análisis desde el interés superior del niño y la perspectiva del adoptante. Universidad Eafit, Medellín, Antioquía. Disponible https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/725/Daniel_GomezMazo_2012.pdf?sequence=1

Ordoñez Daza, S., & Valencia Valencia, M. C. (2012). Adopción por parejas homosexuales: realidad social hacia el reconocimiento judicial. Universidad Icesi, Cali. Disponible https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76503/1/adopcion_parejas_homosexuales.pdf